

TRIBUNALE DI GENOVA - SESTA SEZIONE CIVILE

Il presidente istruttore,

visto il ricorso ex art.700 cpc proposto da

CONSEL GI. EMME SRL

Nei confronti di

SLALA, Sistema Logistico dell'Arco Ligure e Alessandrino SRL,

osserva quanto segue.

Il ricorso trae origine dal contratto-convenzione 26 settembre 2006, con cui CONSEL e SLALA, premesso che quest'ultima era stata preposta dagli enti locali interessati alla realizzazione di un progetto organico di sistema portuale del Nord-Ovest lungo l'asse del cosiddetto 'corridoio 24', che nell'ambito di tale incarico era indispensabile pianificare la realizzazione del c.d. 'terzo valico' (collegamento ferroviario tra Genova e Alessandria in funzione degli snodi del Loetchberg e del Gottardo); che nella prospettiva di un '*project financing*' occorreva conoscere le possibili interrelazioni tra le infrastrutture autostradali e quelle ferroviarie, sia sul piano finanziario che su quello operativo; che CONSEL era in grado, anche ricorrendo alle competenze di terzi, di fornire il quadro informativo indispensabile per la valutazione di fattibilità dell'operazione, si conveniva:

- che CONSEL, una volta in possesso delle indicazioni di base ('informativa di base' elencata di seguito e da fornirsi da parte di SLALA), avrebbe avviato e consegnato a SLALA nel termine di 30 giorni lo studio richiesto, con particolare riferimento alle esperienze europee;

- che SLALA avrebbe di conseguenza comunicato a CONSEL : 1) i dati rilevanti sia per quanto attiene alla localizzazione delle infrastrutture e ai tracciati sia per quanto attiene ai quantitativi di traffico, 2) l'indicazione dei concessionari autostradali che interessano l'area del Basso Piemonte, la durata della concessione e i principali dati relativi alla loro integrazione:

La consegna dei dati doveva avvenire entro il 10 ottobre 2006, mentre il pagamento del compenso avrebbe avuto luogo 'una volta consegnato il rapporto conclusivo'.

L'accordo ( punto 7 della convenzione) avrebbe cessato di produrre effetti " ... ove, prima della trasmissione dei dati di cui sopra, SLALA per qualsiasi motivo cessi di promuovere le infrastrutture del Nord Ovest *ovvero si verifichino dei cambiamenti significativi nella legislazione che governa la realizzazione delle opere pubbliche che mettano a rischio il progetto di integrazione della rete infrastrutturale che riguarda gli odierni concessionari*" ( corsivo dell'estensore) .

Richiesta in data 11 ottobre di trasmettere l' informativa di base, SLALA opponeva che l'intervento di una nuova disciplina legislativa - precisamente quella di cui all'art.12 del decreto legge 3 ottobre 2006 n.262 ( recante 'disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria') - metteva in discussione i rapporti concessori in corso e integrava pertanto l'ipotesi di cessazione dell'efficacia dell'accordo, come previsto al punto 7 dello stesso. In particolare, si rilevava che l'art.12 del d.l. citato 'prevedeva una riforma e una integrazione autoritative di tutti i contratti di concessione in corso, con che gli attuali concessionari ( dovranno accettare) le scelte imposte ex novo oppure (rinunciare) alla concessione ,in questo caso essendo previsto il subentro ( nel rapporto concessorio) della società ANAS spa. Tale nuova situazione normativa , in sostanza , 'metterebbe a rischio' il progetto per la parte riguardante gli attuali concessionari.

CONSEL obietta a questa tesi che la nuova normativa non sarebbe applicabile " ...in quanto contraria a molte disposizioni dell'Ordinamento Comunitario produttive di effetti diretti ( sull' ordinamento nazionale)".

Dopo avere argomentato diffusamente sul punto, quanto al 'fumus boni juris', la difesa di CONSEL ha rilevato, quanto all'ulteriore elemento del 'periculum in mora', che dal persistere del rifiuto di SLALA di trasmettere l'informativa

di base stavano per derivare ad essa CONSEL danni gravi e irreparabili .In particolare, si è sottolineato che, proprio in funzione e in vista dell'incarico ricevuto CONSEL aveva assunto le prime iniziative per entrare nel nuovo mercato, aggiungendo che *'alla cessazione degli effetti del contratto, conseguirebbe la risoluzione di una relazione assai più importante ( che la stessa SLALA conosce ) , che consentirebbe a CONSEL di svolgere un ruolo strategico anche come advisor della Comunità'* .

Tutto ciò premesso, CONSEL ha chiesto che il giudice ' previa disapplicazione dell'articolo 12 cit., voglia ordinare ex art.700 cpc a SLALA ( di trasmetterle, n.d.e.) i dati di cui all'art.4 del contratto/convenzione del 26 settembre 2006'.

In vista dell'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ex art.234 Trattato, la difesa della ricorrente ha formulato talune ipotesi di quesito, in relazione alla possibile contrarietà della normativa in esame a talune disposizioni del Trattato, in particolare agli artt. 43 e 49, in tema di diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi e capitali, e agli artt.82,86 e 87, in tema di libertà di concorrenza, diritti esclusivi e aiuti di Stato. La difesa di CONSEL ha inoltre prospettato la violazione di principi fondamentali , attinenti alla libertà di iniziativa economica, facenti parte del comune patrimonio costituzionale e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

All'udienza di comparizione delle parti , tenutasi il 13 novembre 2006 , si è costituita SLALA, confermando di essere stata incaricata dai competenti enti territoriali a redigere un piano di riavvio della logistica nel Nord Ovest d'Italia nell'area ligure-alessandrina. In tale piano assume rilievo centrale la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie, anche in attuazione delle politiche comunitarie concernenti le reti transeuropee di trasporto ( c.d. 'corridoio 24').Si tratta in sostanza di collegare l'area portuale genovese al realizzando 'retroporto' di Alessandria.

La realizzazione di questa 'grande opera' richiede anche l'apporto della rete autostradale e dei relativi concessionari, già operanti nel territorio.

In questa prospettiva è stato stipulato il contratto con la ricorrente.

Prima della scadenza del 10 ottobre 2006, tuttavia, è entrata in vigore la normativa di cui all'art.12 citato, normativa che 'rende incerti i contratti di

concessione autostradale in essere, nella misura in cui – tra l'altro – assegna alla spa ANAS il compito di stipulare una *'convenzione unica'* con tutti i soggetti già titolari di concessione, a modifica degli assetti in essere e in nome *'dell'esigenza di protezione dei diritti degli utenti'*.

SLALA, pur dichiarandosi consapevole della *'criticità'* della nuova normativa rispetto all'Ordinamento Comunitario, ne constata la piena vigenza e insiste nel ritenersi liberata da tutti gli effetti e obblighi derivanti dal contratto stipulato con CONSEL e non tenuta quindi alla trasmissione dei dati richiesti.

All'udienza, la difesa di CONSEL ha depositato le sue ulteriori *'note'* scritte, già scambiate con la controparte, insistendo per l'adozione del provvedimento urgente, precisando:

- che la causa di merito cui il ricorso ex art.700 cpc dovrebbe precludere, avrà come oggetto l'esecuzione del contratto e l'eventuale risarcimento per i danni derivati dall'inadempimento di SLALA;
- in ordine al *'periculum in mora'*, che la tempestiva ricezione della documentazione di base è fondamentale in relazione a impegni già assunti in vista dell'esecuzione del contratto; in particolare, CONSEL ha avviato trattative per un'attività di consulenza e gestione nel settore del *'project financing'* di grandi opere infrastrutturali, trattative che rischerebbero di essere frustrate dalla mancata esecuzione del contratto in esame; sempre la mancata esecuzione del contratto precluderebbe a CONSEL la partecipazione ad alcuni bandi europei già pubblicati e di imminente scadenza.

A integrazione del ricorso e in considerazione del carattere di urgenza del procedimento attivato, e alla sua compatibilità con l'eventuale promuovimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, la difesa della ricorrente ha prospettato la possibilità di una richiesta di procedimento accelerato ex art.104 bis del Regolamento della Corte.

Il p.i. si è quindi riservato di decidere.

Prima ancora di discutere l'elemento del *'fumus'* della domanda cautelare (e della prospettiva che essa comporta, sollecitando il giudice a proporre un rinvio pregiudiziale ex articolo 234 del Trattato) occorre esaminare:

1) se vi sia astratta compatibilità tra il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sul presupposto di una possibile incompatibilità tra la norma nazionale e l'Ordinamento Comunitario (in quanto produttivo di effetti diretti nell'Ordinamento nazionale), e il carattere di 'urgenza' del procedimento attivato;

2) se e in quali termini si configuri l'elemento del 'periculum in mora', vale a dire del rischio effettivo di un 'pregiudizio imminente e irreparabile' che deriverebbe dalla necessità di sottostare ai tempi occorrenti per far valere in via ordinaria il diritto vantato

3) se, in ogni caso, il provvedimento richiesto (ordine di consegnare alla ricorrente i dati costituenti l' 'informativa di base' ) sia ammissibile riguardo a un obbligo di fare non fungibile.

Sul punto 1), va osservato che sempre più il procedimento 'cautelare' e quello ex art.700 c.p.c. in particolare hanno assunto un carattere di spiccata autonomia rispetto al procedimento 'ordinario'. Valga al proposito la considerazione per cui la giurisprudenza è ormai unanime nel riconoscere la piena ammissibilità di provvedimenti atipici a contenuto anche integralmente anticipatorio rispetto alla sentenza. Valga, ancor più, e nello stesso senso, il nuovo testo dell'art.669 octies c.p.c. a norma del quale i provvedimenti ex art.700 c.p.c. sono considerati in quanto tali dotati di un effetto 'anticipatorio' della sentenza che porta alla possibilità della loro 'stabilizzazione' anche in assenza del successivo giudizio di merito.

Deve considerarsi inoltre la ormai generalmente ritenuta ammissibilità della possibilità di ricorrere alla tutela cautelare d'urgenza, anche sul presupposto dell'incostituzionalità di una norma nazionale.

Deve considerarsi infine – come sottolineato dalla stessa difesa della ricorrente – che il pieno rispetto del carattere di urgenza del procedimento cautelare può considerarsi assicurato dalla possibilità di attivare, presso la Corte di Giustizia adita in via pregiudiziale, il procedimento accelerato di cui all'art.104 bis del regolamento della Corte.

Può pertanto ritenersi astrattamente ammissibile in questa sede l'attivazione del rinvio pregiudiziale ex art.234 Trattato.

Sul punto 2) , deve osservarsi che l'elemento del 'periculum' non può essere valutata in termini assoluti, previa la quasi non applicabilità del rimedio.

La giurisprudenza ha individuato due parametri cui è dato ricorrere nell'alternativa tra le due soluzioni estreme: quella eccessivamente permissiva , o 'soggettivistica' e quella eccessivamente restrittiva : quello della irreversibilità della lesione e quello della impossibilità o estrema difficoltà di determinare esattamente la misura del risarcimento.

Il primo requisito riguarda la tutela di diritti fondamentali riconosciuti al singolo da norme comunitarie ( libero accesso ai mercati dei capitali, libertà di concorrenza, legittimo affidamento dei concessionari in ordine alla stabilità delle disciplina dei contratti stipulati con lo Stato ) . La stessa natura fondamentale di questi diritti sembra implicare una valutazione non restrittiva ma il più possibile ampia della irreversibilità della loro lesione.

Nella specie non sembra esservi dubbio in proposito, sulla base della prospettazione della ricorrente e della lettura che essa dà della normativa invocata dalla convenuta. Ove detta normativa risultasse incompatibile con l'Ordinamento Comunitario, non potrebbe seriamente discutersi del danno che sta per derivare a CONSEL, della sua gravità e della sua irreparabilità.

Anche il secondo requisito deve ritenersi configurabile, in relazione alla vastità e delicatezza degli interessi in gioco, delle opportunità - non pienamente valutabili ma assai rilevanti - che l'incarico comporta, della dimensione europea del mercato al quale CONSEL si propone di accedere. Deve quindi ritenersi sussistere - secondo la prospettazione della ricorrente - il requisito del 'periculum in mora'.

Sul terzo e ultimo punto preliminare (provvedimenti di urgenza che contengano ordini di 'facere' infungibili), ci si può limitare a richiamare la giurisprudenza ormai 'saldamente attestata' nel senso di ritenerne la piena ammissibilità, in relazione all'autonomia del provvedimento di urgenza rispetto alla possibilità della sua esecuzione forzata.

Venendo all'esame del 'fumus', che include necessariamente la prospettiva della incompatibilità della norma nazionale con l'Ordinamento Comunitario,

occorre prima di tutto esaminare il contenuto dell'art.12 d.l. 262, decreto legge di accompagnamento della c.d. 'legge finanziaria' per il 2007.

L'art.12 è inserito nel capo VI del decreto, recante 'Disposizioni in materia di infrastrutture' e contiene la 'nuova disciplina relativa agli aggiornamenti tariffari del settore autostradale e rafforzamento dei poteri regolamentari dell'ANAS '( la società per azioni cui lo Stato Italiano ha affidato , ponendola su basi privatistiche, la gestione in senso lato della rete stradale e autostradale nazionale ).

La norma dispone che:

- il ministro delle infrastrutture, di concerto col ministro dell'economia e delle finanze, ' *assicuri che tutte le clausole convenzionali in vigore, nonché quelle conseguenti all'aggiornamento ovvero alla revisione ( della convenzione, n.d.e.) siano inserite in una convenzione unica, avente valore ricognitivo per le parti diverse da quelle derivanti dall'aggiornamento ovvero dalla revisione.La convenzione unica, che sostituisce a ogni effetto la convenzione originaria, nonché tutti i relativi atti aggiuntivi, deve perfezionarsi entro un anno dalla data di scadenza dell'aggiornamento periodico ovvero da quella in cui si creano i presupposti per la revisione della convenzione; in fase di prima applicazione , la convenzione unica è perfezionata entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente articolo*'.
- Le clausole della convenzione unica devono in ogni caso assicurare:
  - a) il riallineamento in sede di revisione periodica delle tariffe *al livello necessario e sufficiente per una gestione e sviluppo efficienti delle infrastrutture;*
  - b) ' *la determinazione del saggio reale di adeguamento annuo delle tariffe (... ) secondo metodologie che consentano l'equa remunerazione del capitale direttamente pertinente alle infrastrutture , in ragione delle previsioni relative all'evoluzione del traffico, alla dinamica dei costi, nonché al tasso di incremento della produttività conseguibile dai concessionari;*
  - c) ' *la determinazione dell'equa remunerazione del capitale investito secondo la metodologia del costo medio ponderato del capitale*';

- d) 'la destinazione a vantaggio degli utenti di parte della extraprofittabilità generata in virtù dello svolgimento su sedimi demaniali di attività commerciali';
- e) 'il recupero a favore degli utenti degli importi e degli eventuali extraprofitti relativi a impegni di investimento non ottemperati nel periodo precedente';
- f) 'il riconoscimento degli adeguamenti tariffari esclusivamente a fronte della effettiva realizzazione, preventivamente accertata dal concedente, di quote predeterminate degli interventi infrastrutturali previsti nel piano finanziario';
- g) 'la specificazione del quadro informativo minimo dei dati economici, finanziari, tecnici e gestionali che le società concessionarie trasmettono annualmente (...) ad ANAS spa per l'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo nei riguardi dei concessionari e che a propria volta ANAS rende analogamente disponibili al ministro delle infrastrutture per l'esercizio delle sue funzioni di indirizzo, controllo nonché vigilanza tecnica e operativa su ANAS; l'esercizio da parte di ANAS del potere di direttiva e ispezione in ordine alle modalità di accoglienza, elaborazione e trasmissione dei dati da parte dei concessionari';
- h) 'la individuazione (...) del momento successivamente al quale l'eventuale variazione degli oneri di realizzazione dei lavori rientra nel rischio d'impresa del concessionario, salvo i casi di forza maggiore o di fatto del terzo';
- i) 'il riequilibrio dei rapporti concessori, in particolare per quanto riguarda l'utilizzo a fini reddituali ovvero la valorizzazione dei sedimi destinati a scopi strumentali o collaterali rispetto a quelli della rete autostradale';
- l) 'l'introduzione di sanzioni a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa; la graduazione di tali sanzioni in funzione della gravità dell'inadempimento';
- m) 'l'introduzione di meccanismi tesi alla migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione, nonché di maggiore efficienza, efficacia ed economicità del relativo procedimento (...);

- viene inoltre previsto, in sostituzione del comma 5 della legge 23 dicembre 1992 n.498, che le società concessionarie siano soggette all'obbligo
- di certificare il bilancio ai sensi del d.P.R. 31 marzo 1975 n.136 in quanto applicabile;
- di mantenere adeguati requisiti di solidità patrimoniale da individuarsi con apposito decreto del ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il ministro delle infrastrutture;
- di agire a tutti gli effetti come amministrazione aggiudicatrice negli affidamenti di lavori, forniture e servizi;
- di sottoporre all'approvazione dell'ANAS gli schemi dei bandi di gara delle procedure per le quali non sia esclusa la partecipazione, rispetto alla concessionaria, di società controllate, controllanti o controllate dalla medesima controllante, escludendo comunque in tali casi dette società dall'attività di progettazione.

Alla s.p.a. ANAS, nell'ambito dei compiti di cui all'art.2 comma 1 lett.d D.L.gvo 26 febbraio 1994 n.143 (Costituzione dell'Ente Nazionale per le strade -ANAS), vengono attribuiti i seguenti compiti:

- richiedere informazioni ed effettuare controlli con poteri di ispezione, accesso, acquisizione della documentazione e delle notizie utili in ordine al rispetto degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione (...);
- emanare direttive concernenti l'erogazione dei servizi da parte dei concessionari definendo i livelli di qualità, sentiti i concessionari e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori;
- emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica dei costi, provvedendo anche al confronto con costi analoghi in altri Paesi;
- irrogare, salvo i casi di reato, in caso di inosservanza degli obblighi di cui alle convenzioni nonché dei propri provvedimenti, nonché in caso di inosservanza alle richieste di informazioni, o ai controlli, o nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecunarie non inferiori nel minimo a euro 25.000,00 e non superiori nel massimo a euro 150 milioni; in caso di reiterazione ANAS spa ha la facoltà di proporre al ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione;

- segnalare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ipotesi di violazione della legge 10 ottobre 1990 n.287.

Ove il concessionario dichiara di non volere aderire alla convenzione unica, il rapporto concessorio si estingue automaticamente e ANAS spa assume conseguentemente la gestione diretta delle attività del concessionario, subentrando in tutti i suoi rapporti attivi e passivi, inclusi quelli con il personale dipendente del concessionario.

Se la convenzione unica non si perfeziona entro il termine previsto, per fatto imputabile al concessionario, questi decade dalla concessione e anche in questo caso ANAS spa subentra nella gestione diretta.

Il concessionario deve comunicare al concedente, entro il 30 settembre di ogni anno, le variazioni tariffarie. Entro un termine prestabilito i ministri delle infrastrutture e dell'economia devono approvare le tariffe: il silenzio equivale a diniego dell'approvazione.

Procedura analoga è stabilita per ogni nuovo piano di interventi aggiuntivi comportanti investimenti rilevanti idonei a produrre aumenti tariffari.

Questo il complesso quadro normativo introdotto dal decreto legge in esame. La normativa di cui all'art.12 sembra sul punto di essere convertita, con alcune modifiche, di cui non è dato allo stato conoscere la portata.

I punti 'critici' della normativa sottoposta all'esame di questo giudice, suscettibili di valutazione ai fini della compatibilità con l'ordinamento Comunitario, riguardano in sintesi:

- 1) l'aver sostituito d'autorità le varie convenzioni in essere con la 'convenzione unica' elaborata da ANAS spa e approvata dal CIPE (comitato interministeriale per la programmazione economica);
- 2) l'aver affidato alla spa ANAS, da considerarsi come concorrente diretta delle imprese concessionarie di strutture autostradali, il ruolo di 'controllore' degli altri concessionari, da esercitare attraverso poteri assai incisivi, anche di tipo sanzionatorio;
- 3) l'aver reso assai più oneroso, sotto molteplici profili, l'esercizio dell'attività economica del concessionari;

**l'aver introdotto la prospettiva dell'estinzione del rapporto concessorio in caso di inadempimento a uno dei numerosi nuovi obblighi previsti, con subentro automatico di ANAS nella gestione del rapporto stesso.**

**A queste 'criticità' della normativa si riconducono tutti i rilievi formulati dalla difesa della ricorrente in termini di manifesta incompatibilità con l'Ordinamento Comunitario e – quindi – di altrettanto manifesta rilevanza delle questioni di natura , in questo senso , pregiudiziale che si vuole vengano sottoposte dal giudice nazionale al vaglio della Corte di giustizia.**

**CONSEL lamenta in questo senso:**

- a) la violazione delle norme e dei principi in materia di accesso al mercato interno dei servizi e dei capitali;**
- b) la violazione dell'obbligo di sottoporre al vaglio di una valutazione comparativa la ammissione allo svolgimento di un servizio di interesse generale;**
- c) la violazione delle norme di diritto comunitario uniforme in materia di appalti pubblici;**
- d) la violazione delle fondamentali regole comunitarie a salvaguardia della concorrenza;**
- e) l'attribuzione ad ANAS di un diritto esclusivo senza il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità;**
- f) l'attribuzione di veri e propri aiuti di Stato ad ANAS;**
- g) l'utilizzazione impropria dello strumento societario in funzione della regolamentazione del mercato;**
- h) la violazione del principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento degli operatori economici che si trovino a contrattare con lo Stato;**
- i) la violazione del principio del libero esercizio dell'attività d'impresa.**

**Come è agevole constatare, la maggior parte dei rilievi investiti ( nelle loro diverse e in parte coincidenti implicazioni ) le modalità con le quali lo Stato Italiano ha proceduto e procede – in questo come in altri casi – alla cosiddetta**

'privatizzazione' dei servizi di interesse generale, e l'incidenza di tali modalità sulla libertà di accesso al mercato e sulla tutela della concorrenza, tenuto conto del ruolo particolarmente incisivo riservato all'ANAS s.p.a.

Sempre con riferimento all'ANAS spa è stata prospettata la configurabilità di una forma di aiuto di Stato non consentita dall'Ordinamento Comunitario.

E' stata posta infine la questione della certezza del diritto e, soprattutto, del legittimo affidamento degli operatori economici che entrino in un rapporto di natura contrattuale con lo Stato, avente a oggetto l'erogazione di servizi di interesse generale, nonché dell'incidenza che il venir meno di tale certezza e di tale affidamento possono avere sul libero esercizio dell'attività di impresa.

Per quanto la natura sommaria del procedimento (e la conseguente necessità di ottenere una pronuncia il più possibile sollecita da parte della Corte) induca a una trattazione il più possibile sommaria e 'allo stato degli atti' delle questioni sottoposte all'esame del tribunale, sembra necessario premettere alcune considerazioni circa la natura e le funzioni della s.p.a. ANAS.

La riforma dell'Azienda Autonoma ( articolazione dell'allora Ministero dei Lavori Pubblici) risale alla prima metà degli anni '90, con la trasformazione in ente pubblico economico ( d.lgs.143 del 1994), nel quadro di un più ampio processo di trasformazione dei servizi di rilevante interesse pubblico.

Il processo di trasformazione si è concluso con l'art.7 del decreto-legge 8 luglio 2002 n.138 ( c.d.' decreto omnibus' ), intitolato 'Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate', che ha trasformato l'Ente in società per azioni a totale partecipazione pubblica, unico azionista essendo il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Come era stato spiegato dal ministro dell'epoca, si è trattato di una specie di privatizzazione, o di una privatizzazione di una specie particolare, avente lo scopo non tanto di inserire il servizio di interesse pubblico in un contesto di libera concorrenza ( nel che dovrebbe consistere un fenomeno di autentica privatizzazione), ma di ricorrere a forme giuridiche privatistiche per assicurare un recupero di efficienza, economicità e qualità all'attività già svolta dall'Ente e prima ancora dall'Azienda. Il nuovo modello societario, in sostanza, doveva servire non a introdurre elementi effettivi di concorrenza nel servizio, ma a mantenerne la natura sostanzialmente pubblicistica, assicurando al tempo stesso

un maggiore livello di efficienza attraverso l'adozione del modello della società per azioni.

Questo carattere, per così dire ibrido, che associa talune caratteristiche proprie dell'*authority* a quelle della società di diritto privato ed è connotato fortemente in senso pubblicistico, trova conferma nel decreto interministeriale del 18 dicembre 2002 con cui è stato approvato lo Statuto dell'ANAS e ne sono stati individuati i poteri di sorveglianza (nei confronti delle concessionarie), controllo e polizia stradale.

Non sempre e non necessariamente – si è detto a proposito della trasformazione di ANAS in s.p.a. – la privatizzazione è riconducibile a un effettivo arretramento dello Stato dall'esercizio diretto di un'attività economica. Nel caso in esame può riconoscersi che la s.p.a. è stato lo strumento per realizzare un nuovo, atipico organismo di diritto pubblico che vuole raggiungere un certo grado di autosufficienza economica.

Se questo è vero, non appaiono infondate le critiche della ricorrente alla normativa in esame, che colloca l'ANAS - 'concorrente' sul piano privatistico delle concessionarie – su un piano pubblicistico autoritativo che ne fa il loro controllore 'istituzionale' dotato di pervasivi poteri di informativa, ispezione, accesso, acquisizione di documenti, emanazione di direttive sull'erogazione dei servizi e i livelli di qualità, sulla separazione contabile-amministrativa e la verifica dei costi, investendola altresì del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie di notevole importo.

Sembra costituire altresì una anomalia scarsamente compatibile con l'Ordinamento Comunitario relativo alla concorrenza, l'aver previsto un meccanismo che – in caso di mancata adesione del concessionario alla convenzione unica, ovvero di mancato perfezionamento della convenzione stessa nel termine stabilito – porta all'estinzione automatica del rapporto o alla decadenza del concessionario dal rapporto, con l'automatico subentro di ANAS nella gestione diretta delle attività oggetto della concessione.

Un secondo punto critico, che investe la stessa possibilità di contrattare con lo Stato da una posizione di genuina e libera concorrenza, riguarda l'aver sostituito d'autorità alle singole concessioni quella 'convenzione unica' che sopprime in radice la possibilità di negoziare con il concedente le condizioni e i termini della concessione, adattandoli alla situazione del mercato, alla natura del servizio, allo

stesso criterio di efficienza e minore aggravio per il consumatore-utente che la norma sembra voler porre a base del nuovo regime.

La convenzione unica gestita dall'ANAS pone, a giudizio di questo tribunale, serie questioni di compatibilità con la normativa comunitaria rilevante.

Il nuovo regime appare inoltre in situazione di conflitto non tanto (come la difesa di CONSEL sembra ritenere) con la certezza del diritto, intesa come un grado di (sempre) relativa stabilità e capacità di resistenza della norma di fronte alla varietà dei casi e alla naturale mutevolezza delle situazioni che essa si propone di disciplinare, ma piuttosto con il legittimo affidamento degli operatori economici che si trovino ad avere stipulato una convenzione con lo Stato, affinché non intervengano – nella disciplina cui gli operatori hanno accettato di sottostare in base a un preciso calcolo economico e all'accettazione di un determinato grado di rischio – modifiche nella struttura del rapporto e nei suoi contenuti, tali da alterare, in modo ingiustificato e unilaterale, il quadro contrattuale originario.

Va rilevato, a questo proposito, che anche l'eventuale 'modificabilità' del rapporto (e le circostanze in cui modifiche significative possano essere introdotte) dovrebbe essere in ogni caso oggetto di previsione e negoziazione preventive, mentre nel caso di specie la modifica del regime è avvenuta in modo del tutto unilaterale e non previsto né prevedibile.

Né questa modifica (se non addirittura questa totale trasformazione) dei termini del rapporto è riconducibile a eventi imprevisi e imprevedibili, che abbiano costretto i poteri pubblici a sacrificare in modo così rilevante gli interessi privati dei concessionari.

Nella specie, al contrario, si è trattato di un mutamento intervenuto nella politica dei servizi di interesse generale, in particolare di quelli attinenti il sistema delle strutture autostradali, essendosi inteso privilegiare (con una decisione evidentemente non sindacabile, e anzi condivisibile nella sua impostazione generale) l'interesse pubblico alla trasparenza della gestione delle strutture autostradali, alla qualità del servizio, alla corrispondenza dei suoi costi alle aspettative dell'utente, anche a costo di uno 'scarto' rispetto al 'libero' gioco della concorrenza.

In realtà, come si è già avuto occasione di rilevare, non si tratta nella specie di 'semplici' modifiche apportate al regime concessorio specifico, in relazione a esigenze nuove insorte dopo la instaurazione dei diversi rapporti con i gestori

privati. Attraverso la normativa in esame si è determinato un assai rilevante mutamento nell'equilibrio contrattuale pre-esistente: si è in sostanza sostituita a una disciplina di natura essenzialmente privatistica, una disciplina alla quale sono stati attribuiti forti connotati autoritativi, affidandone per di più il controllo, anche in termini sanzionatori, al soggetto 'privato' che ha ereditato le funzioni, i poteri e i compiti del vecchio Ente pubblico.

Non può sfuggire, in questo quadro, il ricorso a formule ed espressioni la cui 'elasticità' non può che tradursi in un più elevato e pregnante potere di intervento dell'Ente di controllo ANAS ( 'riallineamento delle tariffe al livello necessario e sufficiente per una gestione e sviluppo efficienti ...', par.2 lett.a; 'equa remunerazione', par.2, lett.b,c; 'extraprofittabilità', par.2,lett. d,e ).

Per concludere: non sfugge a questo tribunale la difficoltà di trovare un ragionevole equilibrio tra la tutela della libera iniziativa ( di cui l'autonomia contrattuale è uno dei massimi presidi ) e l'attuazione di politiche volte alla migliore difesa di interessi collettivi di volta in volta riconosciuti come preminenti o maggiormente a rischio.

E tuttavia, proprio in questa consapevolezza, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea stabilisce, all'articolo 52,n.1 che

*“ Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge, e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.”*

In questo senso ed entro questi limiti, il Tribunale ritiene indispensabile chiedere alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quale organo competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del Trattato, di pronunciarsi sulle seguenti questioni:

- a) se il diritto comunitario ( con riferimento particolare agli artt.43 e 49, 82,86 e 87 del Trattato ) osti all'affidamento di servizi pubblici e della gestione di pubbliche infrastrutture, da parte di uno Stato Membro – attraverso una apposita normativa, avente caratteristiche analoghe a quella introdotta nell'ordinamento Italiano dall'art.12 Decreto Legge 3 ottobre

2006 n.262 – a favore di imprese di diritto privato ( nella specie la s.p.a. ANAS ) che contemporaneamente svolgano un ruolo di regolazione e controllo del mercato specifico ( analogo a quello affidato ad ANAS s.p.a. dalla norma in esame ) , essendo nella condizione di determinare i contenuti , lo svolgimento e l'eventuale cessazione del rapporto di concessione in essere fra lo Stato e i concorrenti del soggetto investito di tale ruolo;

b) se ( in relazione alla normativa comunitaria , o comunque di rilevanza comunitaria , concernente il libero esercizio delle attività economiche , tenuto conto della giurisprudenza della Corte formatasi sul punto) sia compatibile con l'Ordinamento Comunitario una disciplina ( analoga a quella, introdotta dallo Stato Italiano , di cui al citato art.12 D.Legge 3 ottobre 2006 n.262) che integri o addirittura modifichi ( in particolare attraverso la loro sostituzione con un a convenzione unica , dettata d'autorità ) le convenzioni-contratto già in corso, alterando in modo rilevante l'equilibrio delle prestazioni.

**Pqm**

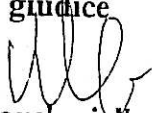
Visto l'art.234 Trattato CE, ritenuta la rilevanza ai fini della decisione del ricorso delle questioni di cui alla motivazione, questo giudice sottopone alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee i seguenti quesiti pregiudiziali:

a) se il diritto comunitario ( con riferimento particolare agli artt.43 e 49, 82,86 e 87 Trattato ) osti all'affidamento di servizi pubblici e della gestione di pubbliche infrastrutture, da parte di uno Stato Membro – attraverso una apposita normativa,avente caratteristiche analoghe a quella introdotta nell'ordinamento Italiano dall'art.12 D.Legge 3 ottobre 2006, n.262 – a favore di imprese di diritto privato ( nella specie la s.p.a. ANAS ) che contemporaneamente svolgano un ruolo di regolazione e controllo del mercato specifico ( analogo a quello affidato ad ANAS s.p.a. dalla norma in esame), essendo nella condizione di determinare i contenuti, lo svolgimento e l'eventuale cessazione del rapporto di concessione in essere tra lo Stato e i concorrenti del soggetto investito di tale ruolo;

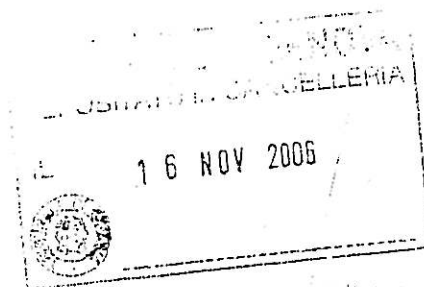
b) se ( in relazione alla normativa comunitaria rilevante, concernente il libero esercizio delle attività economiche, tenuto conto della giurisprudenza della Corte sul punto ) sia compatibile con l'Ordinamento Comunitario una disciplina ( analoga a quella, introdotta dallo Stato Italiano, di cui all'art.12 citato) che integri o modifichi ( in particolare attraverso la loro sostituzione con una convenzione unica, dettata dall'Autorità ) le convenzioni-contratto già in corso, alterando in misura rilevante l'equilibrio delle prestazioni corrispettive.

Visto l'art.295 cpcp

Dispone la sospensione del procedimento.

Il giudice  
  
Marchesiello

Genova, 16 novembre 2006



CANCELLIERE  
Margherita Basile

ATTI COMUNICAZIONI  
17-11-06